revue-banque.fr
Tapez "Chroniques"

TRAITEMENT DES BANQUES EN DIFFICULTÉ

Une réponse européenne encore loin de l'union bancaire

Hubert de Vauplane*
Associé
Kramer Levin Naftalis & Frankel
Professeur associé
Université Paris II Panthéon-Assas

La Commission européenne vient de publier son projet de directive « *pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissement de crédit et d'entreprises d'investissement* ». Le texte très attendu propose un cadre totalement nouveau pour la résolution des crises bancaires. Il prévoit notamment une capacité étendue d'intervention de l'autorité européenne.

Plusieurs mois après le début de la crise financière et économique, alors que l'Europe s'enfonce dans la crise des dettes souveraines et que les banques européennes sont prises dans l'engrenage de celle-ci, la Commission européenne publie un long projet de directive (plus de 150 pages) établissant un « *cadre pour le redressement et la résolution des défaillances d'établissement de crédit et d'entreprises d'investissement*[1] ». Ce texte était attendu depuis de longs mois, mais la Commission européenne hésitait à le publier, de peur que celui-ci soit perçu par les marchés et les investisseurs comme un signe de défiance à l'égard des banques européennes – évoquer le traitement des défaillances des banques au moment où celles-ci font l'objet de pressions sur les marchés pouvait être interprété comme tel. Entretemps, la crise grecque a dérapé vers l'Espagne et les banques de la péninsule ibérique se trouvent sous une telle pression qu'il a fallu innover en proposant une nouvelle « *union bancaire européenne* », dont le texte de la proposition de directive se fait l'écho, mais de manière très discrète.

L'OBJECTIF DU TEXTE

Le document de la Commission s'inscrit dans la suite des travaux du Comité de Bâle[2] et des réflexions du FMI[3] faisant suite à la crise bancaire de 2008 pour doter les régulateurs des outils juridiques leur permettant de gérer de manière efficace les établissements de crédit connaissant des difficultés de liquidité ou de solvabilité et qui ont débouché sur des recommandations du FSB adoptées par le G20 au sommet de Cannes en 2011. Il part d'abord du constat qu'il n'existe « *aucune harmonisation des procédures de résolution des défaillances des établissements de crédit au niveau de l'Union* » (considérant 3) et constate « *un manque criant au niveau de l'Union d'instruments adaptés à une gestion efficace des difficultés affectant les établissements crédit* » (considérant 1). Dès lors, il est nécessaire de mettre en place les outils permettant d'« *éviter l'insolvabilité ou, en cas d'insolvabilité avérée, [d'en] minimiser les répercussions négatives* » (considérant 1). Comment ? En assurant « *l'harmonisation des règles et des procédures de résolution des défaillances* » des banques au niveau européen, dans la mesure où une telle harmonisation ne peut pas « *être réalisée de manière suffisante par les États membres* » (considérant 7). Son champ d'application est le même que celui de la directive sur l'adéquation des fonds propres. À cet égard, il inclut non seulement les établissements de crédit, mais aussi les entreprises d'investissement, puisque, comme la faillite de Lehman Brothers l'a montré, leurs défaillances peuvent avoir de graves conséquences systémiques. Ce champ d'application est ainsi plus large que la Directive 2001/24/CE relative à l'assainissement et la liquidation des seuls établissements de crédit, qui avait oublié les entreprises d'investissement, lesquelles ressortaient dès lors du droit commun du Règlement 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilités. La présente proposition répare cet oubli en modifiant la Directive 2001/24/CE, de manière à ce que celle-ci s'applique dorénavant aussi aux entreprises d'investissement. Tirant de même les conclusions de certaines affaires, le projet de directive vise les compagnies *holding* dès lors qu'une ou plusieurs filiales (établissements de crédit ou entreprises d'investissement) remplissent les conditions de déclenchement de la procédure de résolution. Mais le texte laisse totalement de côté les entreprises d'assurance, ce qui n'est ni logique ni efficace. Les travaux effectués dans le cadre du FSB semblent toutefois indiquer que ces mécanismes auront vocation à terme à s'appliquer aux assurances.

Il est prévu que le délai maximum de transposition ne dépasse pas le 31 décembre 2014. Cependant, les dispositions relatives au renflouement interne (*bail-in*) font l'objet d'une période de transposition plus longue, jusqu'au 1er janvier 2018.

Ce texte crée un droit spécial des établissements de crédit et entreprises d'investissement en difficulté. À tel point d'ailleurs qu'il est prévu qu'aucune procédure de droit commun d'insolvabilité ne puisse être engagée à l'encontre d'un établissement bancaire en difficulté ! Dès lors, il déroge à de nombreuses dispositions et principes de droit commun, notamment dans la protection des droits des créanciers et des actionnaires, et ce afin de prévenir le risque systémique ou le risque de défaut d'un tel établissement. Bien que cela ne soit pas dit de manière aussi claire, le document estime – avec raison – que les banques et assimilées jouent un rôle à part dans l'économie comme acteur de financement et qu'il convient de traiter les problèmes de liquidité ou de solvabilité de ces banques de façon particulière[4]. Tel était d'ailleurs le sens du rapport commandé en 2010[5] par le ministre de l'Économie et des Finances à Jean-François Lepetit et Thierry Dissaux.

UN MÉCANISME DE GESTION DE CRISE *AD HOC*

La Commission européenne propose un cadre totalement nouveau pour la résolution des crises bancaires. Ce cadre se compose de trois instruments : des pouvoirs de prévention, des pouvoirs d'intervention précoce et des pouvoirs de résolution, avec une gradation dans l'intervention des autorités, qui sera d'autant plus « intrusive » que la situation est grave. La proposition prévoit la création par chaque État membre d'une ou plusieurs autorités de résolution, le choix étant laissé à chaque État membre qui peut opter pour la création d'une nouvelle autorité, en confier les missions à sa banque centrale, à son autorité de surveillance bancaire nationale, à son fonds de garantie des dépôts, ou encore à son ministère des finances. Mais le texte oblige, pour éviter tout conflit d'intérêt, de séparer, à tout le moins de façon fonctionnelle, les activités de résolution des autres fonctions de l'autorité désignée. Autrement dit, la fonction résolution doit être autonome quelle que soit l'autorité en charge de celle-ci.

LA PRÉVENTION DE LA DÉFAILLANCE

S'agissant de la partie préventive, deux séries de plan sont prévues : l'un élaboré par l'établissement ou le groupe lui-même, l'autre par les autorités de résolution.

Pour le premier, il s'agit des fameux *living wills*, aux termes desquels les banques doivent élaborer des plans de redressement décrivant les mesures qu'elles prendront en

1. DÉCRYPTAGE

La défaillance avérée ou prévisible

■ C'est avec la notion de défaillance « *avérée ou prévisible* » que la spécificité du traitement des faillites bancaires peut être illustrée, notamment par les pouvoirs d'appréciation laissés aux autorités de résolution. Bien sûr, on retrouve l'exigence d'un actif inférieur au passif, mais surtout des conditions propres aux activités bancaires, comme le non-respect des exigences de fonds propres, non seulement à un instant donné, mais aussi dès lors qu'il existe des « *éléments objectifs permettant de conclure [que l'établissement] les enfreindra dans un proche avenir [...] du fait des pertes que l'établissement a subies ou est susceptible de subir et qui absorberont la totalité ou la majeure partie de ses fonds propres* ». Ou encore lorsque l'établissement n'est pas en mesure de s'acquitter de certaines obligations à leur échéance, ou qu'il existe des « *éléments objectifs permettant de conclure que cela se produira dans un proche avenir* » ; mais aussi le fait que l'établissement requiert un soutien financier exceptionnel des pouvoirs publics, sauf lorsque ce soutien concerne des établissements solvables. Compte tenu des marges d'appréciation sur chacune de ces conditions, il est prévu que l'EBA émette des orientations concernant l'interprétation des différentes situations dans lesquelles la défaillance est considérée comme « *avérée ou prévisible* ».

2. GESTION PRÉVENTIVE DU RISQUE

Le soutien financier intragroupe

■ Dans la partie préventive de la gestion du risque, le projet de directive apporte une réponse au problème complexe du soutien financier intragroupe (articles 17 à 23 de la proposition). Il permet aux établissements appartenant à un même groupe de passer des accords prévoyant un soutien financier à d'autres entités du groupe en proie à des difficultés financières (sous forme de prêt, de garantie ou de mise à disposition d'actifs pouvant servir de base à des sûretés), de la société mère vers ses filiales bien sûr, mais aussi entre filiales, et même des filiales vers la société mère. Selon le projet de texte, « *les droits, revendications ou poursuites résultant éventuellement de l'accord* » ne pourront « *être exercés que par les parties à l'accord, à l'exclusion des tiers* ».

* Les propos de l'auteur n'engagent que celui-ci et ne sauraient constituer une opinion des institutions qu'il représente.

[1] COM (2012) 280.

[2] BIS, « Resolution policies and frameworks – progress so far », juillet 2011, disponible à l'adresse : http://www.bis.org/publ/bcbs200.pdf.

[3] FMI, « Resolution of Cross border banks: a proposed framework for enhanced coordination », 11 juillet 2010, disponible à l'adresse : http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/061110.pdf.

[4] Parmi la littérature sur le sujet, pour une approche juridique, cf. M. Eeckhoudt, « Le traitement de la faillite bancaire », *Revue des procédures collectives* n° 747, avril 2012, p. 43 ; pour une vision économique, M. Dewatripont et J.-C. Rochet, « Le traitement des banques en difficultés », *Revue de stabilité financière*, septembre 2009, n° 13, p. 69.

[5] Disponible sur le site de la Documentation française : http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000080/0000.pdf.

revue-banque.fr
Tapez "Chroniques"

3. INSOLVABILITÉ

Le principe de répartition des pertes

■ Afin de tenir compte de la spécificité des défaillances bancaires et notamment des exigences de la stabilité financière, le projet établit des principes identiques pour tous les États membres, et ce quel que soit le régime national d'insolvabilité :
▮ les pertes doivent être d'abord intégralement réparties entre les actionnaires, puis les créanciers ;
▮ les créanciers de même catégorie sont traités sur un pied d'égalité, mais dans certaines circonstances, ils peuvent être traités de manière différente si cette inégalité de traitement est justifiée par des motifs d'intérêt général ;
▮ les cadres dirigeants sont remplacés et supportent une partie des pertes en proportion de leur responsabilité personnelle civile ou pénale dans la défaillance de l'établissement.
Le texte va même plus loin dans le détail s'agissant du renflouement interne (*bail-in*), en mettant en place une hiérarchie qui se substitue aux droits nationaux. Ainsi, s'agissant des actionnaires, le projet donne la possibilité à l'autorité de résolution d'annuler les actions existantes ou de convertir les obligations convertibles (« Cocos ») à un taux de conversion « *qui dilue fortement les actions existantes* ». L'EBA doit élaborer des orientations sur les circonstances dans lesquelles les mesures apparaissent appropriées. S'agissant des créanciers, le projet prévoit que l'autorité de résolution exerce ses pouvoirs de dépréciation et de conversion de la manière suivante :
▮ les instruments de fonds propres de base de catégorie 1 sont dépréciés les premiers en proportion des pertes et jusqu'au maximum de leur capacité d'absorption. Les actions correspondantes sont alors annulées ;
▮ en cas d'insuffisance, les montants en principal des instruments de fonds propres additionnels de catégorie 1, qui sont des engagements, ainsi que les instruments de fonds propres de catégorie 2 sont ramenés à zéro ;
▮ toujours en cas d'insuffisance, réduction des créances subordonnées ;
▮ enfin, si la réduction totale des engagements n'est toujours pas suffisante, réduction du montant en principal des créances éligibles restantes.
Lors de ces conversions ou réductions forcées, la répartition des pertes doit être effectuée de manière égale entre créanciers de même rang « *en réduisant le montant en principal de ces créances, ou l'encours exigible à leur titre, dans une égale mesure proportionnellement à leur valeur* ».

cas de dégradation de leur situation financière, afin de rétablir leur viabilité. Ces plans doivent être élaborés tant au niveau du groupe que de chaque entité le constituant. Ils seront évalués et approuvés par les autorités de surveillance. L'idée, avec de tels plans, est qu'il soit possible de résoudre la défaillance d'un établissement « *en réduisant au minimum l'exposition du contribuable à des pertes résultant du soutien à sa solvabilité tout en protégeant les fonctions économiques vitales* ». De leur côté, les régulateurs bancaires ont l'obligation d'élaborer des plans de résolution, avec des options pour gérer des banques qui sont dans une situation critique et ne peuvent plus être sauvées. C'est sur la base de ce plan de résolution que l'autorité éponyme évalue si un établissement ou un groupe peut faire l'objet d'une procédure de résolution.

> **« L'idée d'avoir un « mode d'emploi » du fonctionnement de l'établissement le jour où l'autorité de résolution prend en charge le devenir de l'établissement est un peu théorique. »**

LE RÔLE DE L'AUTORITÉ BANCAIRE EUROPÉENNE

Afin d'assurer une application uniforme des pouvoirs préventifs, l'Autorité bancaire européenne (EBA) élaborera des normes techniques définissant les paramètres nécessaires pour évaluer les effets systémiques des plans de résolution, et des normes techniques précisant les aspects à examiner pour évaluer la « *résolvabilité* » d'un établissement ou d'un groupe. Plus généralement, le rôle de l'EBA sera déterminant dans la coordination entre les différentes autorités de résolution au niveau du groupe et des filiales à l'étranger.
Si l'autorité de résolution détecte des « *obstacles réels à la résolvabilité* » d'un établissement ou d'un groupe, elle peut exiger que des mesures soient prises pour supprimer ces obstacles. Tel pourrait être le cas en exigeant une simplification de la structure juridique d'un groupe jugée trop complexe, de manière à ce que les fonctions critiques soient séparées (« *juridiquement et économiquement* ») des autres fonctions, ou encore établir des contrats de service pour l'exercice des fonctions critiques, plafonner les expositions au niveau individuel et agrégé, voire même obliger à l'émission d'instruments de fonds propres convertibles, limiter ou interdire la création de nouvelles activités ou de nouveaux produits. Comme on le voit, les pouvoirs d'intrusion de l'autorité de résolution dans la gestion des établissements peuvent être significatifs, ce qui ne va pas sans poser la question de la responsabilité de cette autorité compte tenu d'une telle immixtion dans la gestion. On peut toutefois avoir quelques doutes quant à l'efficacité de tels plans : l'idée d'avoir un « *mode d'emploi* » du fonctionnement de l'établissement le jour où l'autorité de résolution prend en charge le devenir de l'établissement est un peu théorique. La réalité est souvent bien loin de tous les scénarios examinés et inventés en dehors des périodes de crise.

DES POUVOIRS D'INTERVENTION PRÉCOCE

Les autorités de surveillance bancaires pourront intervenir de manière précoce en réagissant dès leur apparition aux difficultés financières. Cette intervention se déclenchera dès lors qu'un établissement ne respecte plus ses exigences de fonds propres ou risque de ne plus les respecter. Ces autorités pourront aller jusqu'à désigner un administrateur spécial dont la mission sera d'assainir la situation financière de la banque et de rétablir la gestion saine et prudente de ses activités – à ce stade, les pouvoirs de l'administrateur spécial ne portent pas atteinte aux droits et aux obligations procédurales prévus par le droit des sociétés. Dans le cadre de ces pouvoirs d'intervention précoce, il sera possible de demander à l'établissement qu'il prenne des dispositions prévues dans le plan de redressement et élabore un programme d'action et un calendrier pour sa mise en œuvre ; de la même manière, il pourra lui être demandé de convoquer une assemblée générale selon un ordre du jour particulier ou de dresser un plan de restructuration de sa dette. La notion d'actions correctives précoces trouve son origine dans la réforme proposée aux États-Unis par Benston et Kaufman dès 1988. Elle inspira – bien que dans une version édulcorée – le FDICIA[6] en 1991, qui fut la réponse institutionnelle et légale à la crise des banques et caisses d'épargne qui se développa entre 1980 et 1991 – durant laquelle plus de 1 500 banques commerciales et caisses d'épargne (soit environ 25 % de l'ensemble des caisses d'épargne) firent faillite.

DES POUVOIRS DE RÉSOLUTION

En cas de crise grave, on passe alors aux instruments et pouvoirs de résolution. Le projet définit précisément les conditions de déclenchement d'une procédure de résolution (article 27) : il faut que l'autorité compétente établisse que la défaillance est « *avérée ou prévisible* », qu'il n'existe « *aucune perspective raisonnable* » d'éviter la défaillance et enfin que le recours à la résolution soit « *nécessaire dans l'intérêt public* ». Cette dernière condition, qui renvoie aux objectifs de la résolution (cf. *infra*), est toutefois d'appréciation particulièrement délicate. Ces instruments de résolution sont les suivants :
– la cession de tout ou partie des activités ;
– la mise en place d'une banque relais (*bridge bank*) le temps de vendre les activités dès que possible ;
– la séparation des actifs (*good bank/bad bank*), pour assurer la gestion et à terme la cession des actifs dépréciés, le transfert de ceux-ci devant être effectué à leur valeur de marché ou la valeur économique à long terme afin que les pertes éventuelles soient prises en compte au moment du transfert ;
– le renflouement interne (*bail-in*).
Ce dernier a fait l'objet de très longs développements (article 37 à 51) dans le projet et a concentré une bonne partie des débats et discussions, compte tenu des exceptions qu'il prévoit au droit commun, et même parfois à certains droits garantis comme le droit de propriété. Le *bail-in* permet aux autorités de résolution de déprécier les créances non garanties détenues par un établissement défaillant et de les convertir en titres de participation. Il doit répondre à l'un des deux objectifs suivants : soit recapitaliser l'établissement, soit convertir en capital ou réduire le nominal des créances qui seront alors transférées à un établissement relais afin d'apporter des capitaux à ce dernier. L'utilisation de cet outil ne peut toutefois être mise en œuvre que « *s'il existe une possibilité réaliste* » que les mesures prises permettent « *de rétablir la bonne santé financière et la viabilité à long terme* » (article 37.3).
Le recours au *bail-in* nécessite que l'établissement détienne dans son bilan un montant suffisant d'engagements susceptibles de faire l'objet de cette mesure. Il est ainsi évoqué un pourcentage de 10 % du passif total (hors fonds propres réglementaires) comme niveau minimum pouvant servir au renflouement interne.

[6] Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act.

4. DÉFAILLANCE BANCAIRE

Le sort des produits dérivés

■ Le projet remet en cause le fonctionnement du mécanisme de résiliation-compensation des opérations de produits dérivés dans les contrats cadres type ISDA ou FBF. Ainsi, le principe est affirmé (article 77) selon lequel, sauf cas de cession des activités ou de transfert à un établissement relais, il est interdit à une contrepartie d'un établissement en difficulté soumis à une procédure de résolution de prononcer la résiliation des opérations en cours et de mettre en œuvre la clause de forfait (*walkaway* ou *flawed asset clause*). Par ailleurs, tout un article (63) est consacré au pouvoir de suspension du droit de résiliation par l'autorité de résolution dans les contrats de produits dérivés ou autres contrats financiers. L'EBA doit élaborer des normes techniques sur ce point. L'idée est d'éviter le défaut d'un établissement du seul fait de l'envoi par une contrepartie d'une notice de résiliation (*termination notice*) occasionnée par la mise sous résolution de l'établissement ou toute autre réalisation d'un cas de défaut.
Ces deux éléments sont une entorse importante au droit des produits dérivés qui avait privilégié jusque-là le droit des créanciers au détriment de celui de la partie en défaut. Mais toute autre solution aurait pu ruiner les efforts de l'autorité de résolution pour redresser la situation financière de l'établissement en difficulté. De même, le projet de directive laisse la possibilité à l'autorité de résolution de ne pas appliquer le *bail-in* aux engagements résultant de produits dérivés (article 38.4), mais uniquement en cas de besoin, pour garantir les opérations critiques et les activités prioritaires de l'établissement ou la stabilité financière. Cette faculté, qui doit toutefois répondre aux objectifs de la résolution, peut bien sûr ne pas être mise en œuvre. La Commission européenne prendra des actes délégués permettant une harmonisation de cette exclusion. Petite consolation pour les créanciers : lorsqu'une mesure de *bail-in* est mise en œuvre, le projet prévoit qu'il n'est pas possible pour l'autorité de résolution de ne transférer qu'une partie des engagements résultants de ces contrats (*cherry picking*). Ce point a fait l'objet de discussions serrées et l'ISDA a beaucoup œuvré pour que le transfert des contrats ne puisse pas être partiel, mais seulement total (cf. lettre ISDA à la Commission européenne du 20 avril 2012).

UNE RESTRUCTURATION INÉVITABLE

Pour la mise en œuvre de ces différents outils, l'autorité de résolution

5. CONVERSION ET RÉDUCTION DES CRÉANCES

Exclusion du *bail-in*

■ Les mesures de conversion ou de réduction des créances ne s'appliquent pas à certains types d'engagements (article 38) : les dépôts garantis, bien sûr, mais aussi les créances garanties ou celles de moins de 1 mois, ou encore celles détenues dans le cadre d'une activité fiduciaire ou pour le compte de ses clients. Enfin, elles ne s'appliquent pas non plus aux engagements vis-à-vis des salariés, des créanciers fournisseurs, ainsi que des créances fiscales et sociales.

revue-banque.fr
Tapez "Chroniques"

6. REPÈRES

Les pouvoirs des autorités de résolution

■ Les pouvoirs octroyés à l'autorité de résolution dérogent non seulement au droit commun, mais aussi au droit de la faillite. Ainsi, la plupart de ces pouvoirs, si ce n'est presque tous, peuvent être décidés sans le contrôle du juge de la faillite ou de qui que ce soit. D'ailleurs, le projet de directive prend le soin d'indiquer (article 56.2) que, dans l'exercice de ces pouvoirs, l'autorité de résolution n'est assujettie à aucune obligation qui, en vertu de la législation nationale, l'obligerait à obtenir l'approbation ou le consentement de toute personne publique ou privée ou l'« *obligation d'informer quelque personne que ce soit* » ! Parmi ces pouvoirs, notons :

■ **prendre le contrôle** d'un établissement en difficulté ;

■ **transférer** les actions et les instruments de dettes mais aussi certains droits et actifs ;

■ **déprécier**, convertir, réduire y compris jusqu'à zéro, le nominal des créances ;

■ **annuler** les actions ou titres de capital ;

■ **exiger** au contraire l'émission de titres nouveaux (dette ou capital) ;

■ **révoquer ou remplacer** les dirigeants et, plus généralement, le fait de disposer des mêmes pouvoirs que ceux des dirigeants et actionnaires « *pour faire fonctionner* » l'établissement et « *exercer ses activités* » ;

■ **gérer** les actifs et le patrimoine et en disposer ;

■ **imposer** la fourniture de services, notamment vis-à-vis des infrastructures de marché ;

■ **faire appliquer** les mesures de résolution prises par d'autres États membres ou demander le transfert de biens situés dans des pays tiers ;

■ **suspendre** des obligations de paiement ou de livraison à compter de la publication de l'avis de suspension ;

■ **restreindre** le droit des créanciers garantis de faire valoir leurs sûretés pendant un certain temps ;

■ **suspendre** le droit de résiliation dans un contrat de produits dérivés ou tout autre contrat financier (en contrepartie de quoi, l'autorité de résolution doit veiller au bon règlement des marges) ;

■ **annuler ou modifier** les clauses d'un contrat, et même remplacer un cessionnaire en tant que partie au contrat !

peut prendre le contrôle de l'établissement défaillant et reprendre les attributions des dirigeants et des actionnaires. Ces outils de résolution peuvent être appliqués séparément ou simultanément et impliquent tous, comme le précise le document, « *un certain degré de restructuration de la banque* ». Autrement dit, il y a une contrepartie à payer pour l'établissement en résolution, notamment par la vente d'actifs, laquelle doit même être privilégiée. Bien sûr, le recours à une aide publique et/ou à l'utilisation des fonds de résolution doit être notifié à la Commission selon la procédure des aides d'État. Il reste possible pour les États membres de conserver certains outils de résolution nationaux spécifiques, dès lors bien évidemment qu'ils sont compatibles avec les principes et les objectifs européens – l'exposé des motifs précise à cet égard que le cloisonnement d'un établissement n'est pas compatible avec le cadre européen de résolution. Mais la résolution n'est pas une fin en soi. Elle doit s'inscrire dans des objectifs précis et le choix entre plusieurs solutions doit être effectué en tenant compte de la meilleure manière d'atteindre les objectifs correspondant à chaque situation. La mise en œuvre de mécanisme de résolution doit permettre d'assurer la continuité des fonctions critiques, d'éviter la propagation des difficultés de l'établissement à d'autres, de protéger les ressources de l'État par une réduction des aides financières, de protéger les déposants, bien sûr, ainsi que les fonds et les actifs des clients. Il n'y a pas de hiérarchie entre ces objectifs, lesquels sont « *d'égale importance* », les autorités de résolution décidant de « *leur juste équilibre en fonction de la nature et des circonstances propres à chaque cas* » (article 26).

> *« L'autorité de résolution peut prendre le contrôle de l'établissement défaillant et reprendre les attributions des dirigeants et des actionnaires. »*

LA RÉPARTITION DES PERTES

Le projet de directive définit un certain nombre de principes généraux qui doivent être respectés par les autorités de résolution. Ces principes concernent notamment la répartition des pertes et le traitement des actionnaires et des créanciers, de même que les conséquences que pourrait avoir l'utilisation des instruments de résolution sur la direction de l'établissement. On se souvient que l'un des reproches formulés lors de la crise bancaire portait sur le fait que les actionnaires et les créanciers de certains établissements ayant recouru au soutien public n'avaient pas subi les conséquences de la quasi-défaillance de ces établissements. C'est la raison pour laquelle il est indiqué que les pertes doivent être réparties entre les actionnaires et les créanciers conformément à la hiérarchie des créances établie par le régime d'insolvabilité national de chaque État membre (article 30).

LES RESTRICTIONS RELATIVES À CERTAINS DROITS

Afin d'assurer la bonne application des outils de résolution, il est prévu que les autorités de résolution puissent imposer un sursis à l'exercice du droit des créanciers et des contreparties à faire valoir leurs créances, et à anticiper, clôturer ou résilier les contrats passés avec l'établissement en difficulté. Ce sursis, qui n'ira pas au-delà de 17 heures le jour ouvrable suivant l'ouverture d'une procédure de résolution, devrait permettre aux autorités d'identifier et d'évaluer les contrats à transférer à un tiers solvable, sans que la valeur et la portée de ces derniers ne risquent d'être affectées par l'exercice de droits de résiliation – à cet égard, le texte précise que le transfert à un tiers n'est pas en soi assimilable à un défaut pouvant justifier l'exercice de droits de résiliation, ce qui ne correspond pas à la rédaction actuelle des conventions cadres type ISDA. Il s'agit de protéger l'établissement en difficulté avant tout. Mais est-il raisonnable de considérer qu'un tel travail puisse être fait en 24 heures ? Certes, il a bien fallu trouver un juste milieu entre la protection des droits des créanciers et des tiers, qui ne peuvent être suspendus trop longtemps, et la protection de l'établissement en difficulté. On voit combien les pouvoirs de l'autorité de résolution (voir Encadré 6) peuvent porter atteinte aux droits des tiers. C'est pourquoi le projet de directive prévoit que les mesures prises par l'autorité de résolution seront soumises à un contrôle juridictionnel. Le contrôle est limité à la légalité de la décision d'ouverture d'une mesure de résolution et des modalités de mise en œuvre de cette décision ainsi qu'au caractère approprié de l'indemnisation octroyée. En tout état de cause, l'annulation d'une décision prise par une autorité de résolution n'affecte pas les actes administratifs adoptés ou les opérations conclues antérieurement. Autrement dit, l'intérêt général prévaut sur les intérêts particuliers, même garantis.

LE RECOURS À UN FINANCEMENT PRIVÉ

Mais toutes ces mesures ne seront peut-être pas suffisantes pour couvrir le coût de la résolution. Que l'on se souvienne du cas Dexia : l'idée est alors de recourir à un financement privé et d'éviter autant faire se peut que ce soit le contribuable qui finance la résolution. Ainsi, chaque État membre doit mettre en place un dispositif de financement à son niveau. Le texte fixe un objectif de financement *ex ante* sur une période de 10 ans de 1 % des dépôts couverts. Là encore, le projet reste timide, dans la mesure où le financement ne sera pas assuré avant de nombreuses années, et qu'entretemps, ce seront bien les budgets des États membres qui financeront les besoins de résolution.

LE CHEMIN RESTE LONG AVANT L'UNION BANCAIRE

L'idée d'une union bancaire en Europe émane de José Manuel Barroso lors d'une conférence de presse le 30 mai 2012, reprise par Mario Monti, et commentée favorablement par Mario Draghi. Ce dernier a indiqué les conditions (cumulatives) nécessaires à la création d'une union bancaire européenne :

– un régulateur bancaire européen unique (en charge notamment des aspects prudentiels) ;

– un organe de résolution des crises et défaillances bancaires centralisé au niveau européen ;

– enfin un système de garantie des dépôts européen.

La question demeure de savoir si cette union bancaire doit concerner l'Union européenne ou uniquement les pays membres de la zone euro. Pour être efficace, une union bancaire totale suppose d'abandonner le principe de subsidiarité au profit du principe de fédéralisme, c'est-à-dire de revenir sur l'un des principes fondateurs de l'Union européenne, alors qu'aucun secteur économique ne fonctionne sous un tel régime fédéral. Mais, tout comme la crise de 1929 a été le catalyseur des grandes lois bancaires fédérales aux États-Unis, la crise de 2008-2012 sera peut-être aussi l'événement fondateur d'une réglementation en matière bancaire véritablement européenne.

Un régulateur bancaire européen ? C'est-à-dire un régulateur doté de pouvoirs de supervision directe sur l'ensemble des banques – et non pas sur les seules banques dites systémiques, car toute banque l'est potentiellement – en lieu et place des régulateurs locaux, ceux-ci pouvant intervenir sur délégation du régulateur européen. Cette autorité sera-t-elle l'EBA, mais dotée de pouvoirs supplémentaires, une nouvelle autorité européenne *sui generis*, voire la BCE à laquelle seraient confiés directement les pouvoirs de régulation et de supervision ?

Un organe de résolution unique au niveau de la zone euro ? Cela veut dire une autorité et une seule, et non un collège de résolution composé de plusieurs autorités nationales – comme prévu dans le texte de la Commission –, qui prenne la décision de transférer des actifs, de cesser ou de vendre des activités d'une banque au-dessus des pouvoirs publics, cette autorité ne devant pas être soumise aux pressions des politiques locales.

> *« Les outils de résolution impliquent tous « un certain degré de restructuration de la banque ». Autrement dit, il y a une contrepartie à payer pour l'établissement en résolution, notamment par la vente d'actif. »*

Un système de garantie des dépôts unique pour la zone euro ? Lequel ? Il existe aujourd'hui une large variété de modèles[7]. Mais la création d'un système fédéral ou commun de garantie des dépôts est loin d'être acquise. Se posent bien sûr la question du financement – *ex ante* ou *ex post* – de ce fonds, mais aussi celle de son indépendance par rapport au pouvoir politique (que l'on songe aux cas islandais ou anglais).

UNE VOLONTÉ POLITIQUE FORTE

L'union bancaire est une idée qui nécessite un profond bouleversement du mode de fonctionnement au sein de l'Union européenne. Comme toutes les avancées dans la construction européenne, seule une volonté politique forte permettra de faire avancer le projet qui devra affronter tous les forces de résistance locales soucieuses de préserver leurs pouvoirs. Le projet de directive présenté par la Commission est loin de répondre à cet idéal. Mais il constitue une base de discussion qui peut servir de tremplin si le Conseil et le Parlement décident d'aller de l'avant. ■

[7] Pour une comparaison des systèmes de garantie des dépôts, cf. Financial Stability Board, « Thematic Review on Deposit Insurance systems », février 2012, disponible à l'adresse : http://www.financialstabilityboard.org/publications/r_120208.pdf.

7. DIRECTIVES EUROPÉENNES

Les exceptions au droit des sociétés

■ Les droits des actionnaires et des créanciers protégés par certaines directives européennes pouvant freiner l'action des autorités de résolution, le projet de directive apporte des modifications dans certaines des directives de l'Union relatives au droit des sociétés. Ainsi, la 2e directive en droit des sociétés, qui impose l'accord de l'assemblée générale (AG) pour toute augmentation de capital d'une société anonyme ; la convocation à l'AG dans un délai minimum (21 jours) est amendée, de manière à ce que l'assemblée générale puisse décider à l'avance de réduire le délai applicable à la convocation à l'AG, pour décider ou non d'augmenter le capital en situation d'urgence, ce qui rend plus efficace un plan de redressement. De la même manière, le projet présenté par la Commission permet une dérogation aux dispositions qui imposent un accord des créanciers ou des actionnaires.